

《論 説》

増担保約定に基づく増担保請求権の効力

宮 川 不 可 止

はじめに

増担保とは、担保の目的物について、担保価値の減少、担保目的物の滅失・毀損等があった場合に、担保権者のためにあらたに担保権を設定することをいう。わが国の民法は、このような場合に、抵当権者が増担保請求権を有するの可否については定めていない。しかし、担保法理一般の問題として—当事者の担保関係から当然の法効果として—設定者が故意または過失によって担保価値を減少せしめた場合、増担保請求ができるのは当然のことともいえる。担保権者のためにあらかじめ債務者が増担保を設定する場合につき約定しておくことを増担保約定という。増担保約定としては、債務者の責めに帰すべき事由の有無を問わずに抵当権の侵害がある場合に債務者は期限の利益を失うとする特約が多いといわれている。⁽²⁾ 期限の利益の喪失につき定めた民法137条によると、債務者が破産手続開始の決定を受けたとき（1号）、債務者が担保を滅失させ、損傷させ、又は減少させたとき（2号）、債務者が担保を供する義務を負う場合において、これを供しないとき（3号）には、債務者は期限の利益を主張することができない（右の三つの期限の利益喪失事由のうち、一号については、破産法103条3項の規定があるため実際には本号の適用はないことになる）。⁽³⁾

わが国の増担保約定に基づく増担保請求権に関する議論は、銀行取引約定書ひな型を主対象にして展開してきた。そして、銀行取引における抵当権設定契約書においては増担保請求権についての直接規定はないのである（ただし後掲

抵当権設定契約証書第5条（抵当物権）2項参照）。これまでの増担保請求の議論において看過してはならないこと、議論がかみあっていないところがあることと、そのための議論不足であろう。

抵当権の目的物の毀損・減少を例にとり考える。この場合は物権としての担保価値が損傷したものであるから、増担保請求は設定された物権価値の維持のためとみるべきものである。これに対して、銀行取引におけるこれまでの議論は、債務者に信用不安が生じた場合を含めて、債権の保全の必要が生じたことが行使要件であり、増担保請求は物権的効力を想定したものではなく債権保全に向けた債権的効力とみるべきものであると考えられてきた。すなわち、増担保請求は事情変更に基づくものである。したがって、無担保貸出企業につき信用不安が生じた場合における増担保請求の是非につき考えると、設定された物権価値の維持と直結するものではない。あくまで事情変更によるものである。

物権価値の維持を目的とするならば、担保提供義務を負うべき義務者は物権設定者（債務者、物上保証人）であるべきである。しかし、従来の議論は、債務者の担保提供義務の肯否として論じられてきたのである。それも担保価値の損傷とは関係のない債務者の信用悪化に起因する債権保全の必要性の場合を主対象にしてきた。このような点につき議論整理は不足していたように思われる。近時、最高裁判例が抵当権者は抵当不動産の所有者に対し侵害是正請求権ないし担保価値維持請求権を有すると説示したのは、⁽⁴⁾ 抵当物件の無権限占有により優先弁済権の行使が困難となるような状態のもとでの抵当権侵害に対する妨害排除に關してであつた。

銀行取引約定書は、増担保約定につきどのように規定しているのであろうか。銀行取引約定書ひな型第4条1項（担保）は、昭和37年8月6日の旧ひな型制定時には、「債権保全のため必要と認められるときは、請求によって、直ちに貴行の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または保証人をたてもしくはこれを追加いたします」、と規定されていた。この規定は、昭和52年4月19日に、銀行の恣意を可能な限り排除する趣旨から改められ、「債権保全を必要とする相当の事由が生じたときは、請求によって、直ちに貴行の承認する担保も

しくは増担保を差し入れ、または保証人をたてもしくはこれを追加します」、と改定された。右条項は、あらかじめ増担保請求権の生ずる場合を約定することによって、銀行の優位性を確保している⁽⁵⁾。銀行の消費者ローン契約書（参考例）第3条（担保）1項は、「担保価値の減少、借主または保証人の信用不安等の債権保全を必要とする相当の事由が生じた場合には、銀行からの請求により、借主は遅滞なくこの債権を保全しうる担保、保証人をたて、またはこれを追加、変更するものとします」と、同ひな型第4条1項よりも具体的に記載している。

これら銀行優位の規定に対して、日本弁護士連合会「銀行取引約定書及び消費者ローン契約書に対する改善提案について」（1998年10月6日日弁連総第41号）は、債務者から債権保全の确实性の減少を補う担保差入があれば銀行は他の担保の差入を求めることはできないことを明記すべきであり、また、顧客の減担保請求権を認めるべきこと等を提案して見直しを求めた。さらに、同年12月には、公正取引委員会が、銀行取引約定書ひな型について、競争を制限し銀行間の横並びを助長するおそれがある旨を指摘した。

全国銀行協会は、これらの動向を受けて、同年12月には、各銀行へ、ひな型は参考例であること、約定書の適用にあたっては権利濫用等に当たることのないように留意すること、取引先へ写しを交付することを通達した。しかし、昭和52年の同ひな型改正後20年以上経過して環境が変化していること等から、平成12年4月18日に同ひな型を役割を終えたものとして廃止した。その背景として、銀行の貸渋り問題と貸金債権の回収問題があり、同ひな型の増担保条項・期限の利益喪失条項の運用に対する批判があったようである。その後、各銀行は、独自に銀行取引約定書（以下、「新銀行取引約定書」という）を制定するに至っている。

本稿は、まず、増担保請求権に関する銀行取引約定書ひな型廃止前の議論ならびに判例を概観する。次に、ひな型廃止後の各銀行における新銀行取引約定書の増担保条項の改訂内容を取りあげて、増担保請求権の性質と法的効力について検討するものである。新銀行取引約定書における増担保条項、抵当権設定契約書等の条項を正面から取りあげて検討した論稿は見当たらないからである。

一 事情変更による増担保請求権

(1) 事情変更の必要性

銀行取引約定書の増担保条項は、事情変更の原則に基づき増担保請求権が生じることがあることを言明したものである。銀行の当初貸付が無担保貸付であった場合には、増担保請求権の発生要件として、増担保請求には事情変更を必要とするか否かという点については、従来、見解が分かれていた。⁽⁸⁾現在、前記ひな型改正後の文言から、事情変更必要説が妥当とみられている。当初貸付時において事後的には担保を請求しない旨を合意していた場合には、明示に反して、事後的に増担保を請求できないことになろう。⁽⁹⁾ただし、銀行が当初貸付時に顧客の信用を誤り判断して無担保で貸付していた場合には、この結論では問題があろう。①無担保定型ローン、②無担保を明示して合意していたのか不明確な一般貸付、③コミットメントライン契約に分けて検討するべきものであろう。⁽¹⁰⁾(①の場合、増担保請求→増担保の提供→有担保化ローン、は無担保の明示に反するのではないか)。②の場合、増担保請求権は、債権保全を必要とする相当の事由が生じたときに限り行使される。換言すると、増担保請求権の行使は、債権保全上そうすることが客観的に正当視される場合に限定される。⁽¹¹⁾③の場合、このような事由は増担保ではなく、期限の利益喪失事由に直結させている。

銀行においては、増担保請求権の行使に関して、不動産登記法の仮登記仮処分（不動産登記法108条、旧法33条）申請をしても物件の特定がなく、認められることは困難であり、⁽¹²⁾また、銀行が適当なものを指示して担保に提供することを請求し、相手方がこれに応じない場合に、取引先の担保権設定の意思表示に代わる判決を求めて、本項による担保権設定義務の履行を強制することもできないと⁽¹³⁾考えていた。このような見解に従うと、増担保請求権の効力を担保権設定予約と解すべきものではなく、その効力は債権的効力に止まる。また、債権保全が必要な場合であっても、実際には増担保として提供できる担保はないことも多く、あっても詐害行為取消権や否認権の対象となるおそれが高いため、その実効性はさほど期待されるものではない。⁽¹³⁾

（2）減担保請求権規定の要否

経済法令研究会の銀行取引約定書第二次試案は、次の内容である。⁽¹⁴⁾

第〇条（担保・保証の提供・追加、減少等）

「甲または乙は、被担保債権の額の増減、甲またはその保証人の資産信用状態の変化、担保の目的物の価値の増減、その他、担保・保証を提供、追加または減少することが相当と認められる事由が生じたときは、その理由を示したうえ、それぞれその相手方に対して、担保・保証を提供、追加または減少することを請求することができるものとします。」

右試案は、債権保全の必要という文言を設けず、また、減担保請求権を明記して、対等性を確保して銀行優位を是正している。

ドイツの AGB-Banken に規定されているこの担保解放請求権は、設定者の経済活動を不当に拘束しないことを理由に信義則を根拠として判例・学説によって認められたものを明文化したものであるといわれている。⁽¹⁵⁾ これまで、わが国における判例法理は、増担保約定の効果について、どのような取扱いをしてきたのであろうか。

二 判 例

（1）判例の傾向

実際に銀行取引でこの条項が問題となった判例はないようである。銀行取引ではない先例として、債務者が増担保請求に応じなかったことが期限の利益喪失事由に該当するか否かに関し、債権者の不動産担保評価額に対する被担保債権総額の比率が当初融資時における約77%から約83%へと6%程度上昇したというだけでは、担保余力も17%弱あるので、債務者が増担保の請求に応じなかったからといって、直ちに期限の利益喪失事由に該当すると認めることは相当ではない、とするものがあつた。⁽¹⁶⁾ この事案では債権保全の必要が生じたといえないのであるから、判示は正当である。これ以降も増担保請求権に関する判例はなかったところ、最近、銀行取引に関するものではないが、注目される次の判例がでた。

(2) 東京高判平成19年1月30日金融・商事判例1260号11頁（土地抵当権設定登記請求控訴事件）原判決取消・請求棄却（上告・上告受理申立て）

① 事案の概要

訴外Aは、Yに対し、平成2年4月2日から同年11月20日にかけて、合計56億9000万円を貸し付けた（以下「本件債権」という）。その金銭消費貸借契約証書第7条2項（以下「本件約定」という）の定めは、「借主または連帯保証人について第4条に掲げる事実が発生したまたは発生するおそれがある等信用が悪化した場合、また前項により提供した担保について、滅失、もしくは価額の値下り等のため担保が不足した場合等、貴社が債権保全のため必要と認めるときは請求によってただちに貴社の承認する担保もしくは増担保を差入れ、または連帯保証人をたてもしくはこれを追加し、または債務の一部もしくは全部を弁済します」というものである。Yは、右の借入債務を担保するため、平成元年11月9日付けで、395筆の本件土地を含む492筆の土地の持ち分10分の8（上記土地についてはYが10分の8、Xが10分の2の持分を有していた）につき、Aのために根抵当権50億円を設定した（以下「従前根抵当権」という）。

Yは、平成5年2月25日に東京地方裁判所から破産宣告を受け、平成11年6月30日に破産廃止決定が確定し、現在は清算会社である。

Aは、平成10年9月25日に、訴外Bに本件債権（残債権の元本は52億1956万余円）を譲渡し、Bは、平成16年10月28日に、これをXに譲渡した。従前根抵当権の極度額は、Xへの債権譲渡に伴い、20億円に変更された。

X・Y間の別件共有物分割請求訴訟において、本件土地（395筆）についてはYが単独所有権を取得し、その余の土地（97筆）につきXが単独所有権を取得し、その旨の登記手続をすべきことを命じる判決が平成17年2月25日に言い渡され、同年3月16日の経過により確定した。

Yが分割により取得した本件土地のうちその持分10分の8については極度額20億円の従前根抵当権が既に設定されているものの、分割前にXが有していた持分10分の2については担保権の設定登記はなく、Yは清算会社であって本件

土地以外に財産は見当たらず、本件土地の時価は実際にはかなり低下し、YがXに対して提供している担保は不足している。

Xは、本件約定の増担保条項に従い、本件土地につき仮登記仮処分決定申立事件を申し立て、同年6月3日、抵当権設定仮登記を命じる仮登記仮処分決定を得た。そこで、Xは、本件訴訟を提起し、Yに対して、抵当権設定仮登記に基づき本登記手続をすることを求めた。

本件訴訟の争点は、本件増担保約定に基づく増担保請求権の効力は形成権的な権利として認められるのか請求権的な権利として認められるのか、という本件約定の効力にある。

原審（東京地判平成18・7・18金融・商事判例1260号18頁）は、「本件約定は、合理的に解釈すれば、Yの信用が悪化し、あるいは、担保に提供された担保の価格の低下等のためXがその必要性を認めた場合には、Xの請求によって、ただちに、Yが提案しXの承認する増担保をYがXに対し差し入れる義務がYに生じることを規定したものとみるべきであり、また、本件においては、Yに残された財産は本件土地しかない以上、Xが特定した増担保の請求が不相当なものであるとみる余地もない」として、Xの請求を認容した。Yより控訴。

控訴審は、次のとおり、原判決取消・請求棄却の判断をした。

② 判 旨

金銭消費貸借契約書の「借主または連帯保証人の信用が悪化するなどした場合には、請求によって直ちに貴社の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または連帯保証人をたてもしくはこれを追加し、または債務の一部もしくは全部を弁済する」等が記載された条項（本件約定）は、本件で問題となる債務者（控訴人）の所有物への増担保等の設定に限局しても、具体的な増担保等の対象となる物件、設定すべき担保の種類、内容等設定される増担保等を特定する事項が何ら定められていない状況では、本件約定をもって、債権者が増担保等の対象となる物件、担保の種類、内容を特定して一方的に増担保等の設定を請求する意思表示をするのみで、その請求が不相当でない限り、そのとおりの内

容の増担保等が設定される形成権を債権者に与えたものと解することはできない。

増担保等の対象となる物件は本件土地の外にはなく、債務者は当初の契約と同じで、被担保債権は当初の契約の根抵当権の被担保債権の一部であり、担保の種類も、元の契約では根抵当権であったが、債務者である控訴人の破産により元本が確定していることから、抵当権とするというように、設定される増担保等の内容が特定できるとしても、上記の判断は左右されるものではない。

なお、増担保の必要な事項を具体的に特定して、担保権設定応諾の意思表示を請求することが可能であり、その請求の認容判決が確定することを条件とする担保権設定登記手続（請求権保全の仮登記が先行しておれば、その仮登記に基づく本登記手続）を請求することもできると解する余地がある。

③ 評 論

本判決が金銭消費貸借契約書の増担保条項に基づく増担保請求権の効力について形成権的構成を否定したことは、今後の先例になるものと思われる。

原審は、本件約定につき、上記のような段階プロセスを経て初めて担保を取得できる権利を認めたものにすぎないとするYの主張を排斥し、Xの請求によって、ただちに、増担保を差し入れる義務がYに生じることを規定したものとするべきであり、また、本件においては、Yに残された財産は本件土地しかない以上、Xが特定した増担保の請求が不相当なものであるとみる余地もないとした。

本件約定をみると、要件が具備したときに債務者のなすべき行為として、増担保等の設定、連帯保証の追加、債務の弁済行為を掲げている。連帯保証の追加や第三者の所有物への増担保設定など、XとYの合意のみでは実現できない行為を含むことは明らかであるから、原審のように解すべきものではないといえる。本件約定による増担保請求権の効力としては、物的担保または人的担保を対象にしているものの、担保予定物件を特定する事項については何ら定められていないことからして、本件約定による増担保請求権の効力として、当然に

本件土地に抵当権設定がなされるという形成権的な法的構成をとり難いからである。清算会社たるYには、本件土地のほかに資産はなく、担保の種類は根抵当権の元本確定のために抵当権にするというように設定される増担保等の内容を事実上特定できるとしても、対象物件は当初約定時に合意により特定していたものではなく、右は現時点で他に不動産がないという事実状態を示しているにすぎず、このような場合には特定するとの合意はない。⁽¹⁷⁾このような点からして債務的構成をとるべきであろう。そうすると、裁判所がXに対して請求権的法構成を検討することを求めたのに対して、Xがこのような法的構成に基づく申立て、主張をしなかったことは惜しまれる。なお、銀行取引約定書ひな型の「直ちに」とあるのは、担保の性質に応じて「相当の期間内に」の意味に解すべきものである⁽¹⁸⁾（本件約定にも「直ちに」の文言がある）。

次に、増担保請求権の行使の法的効果については、債権者の意思表示により直ちに担保権が設定されるのか、それとも債務者に担保権設定を承諾する義務が生じるのであろうか、前者は形成権説、後者は請求権説とよばれている。この他、債務者が協議に応じる義務を負うにすぎないという見方もある。前記ひな型に即して、増担保請求権の性質について考えると、債権者の増担保請求→債務者の増担保申出→債権者の増担保承認→債務者の増担保差入、というように債権者と債務者の段階的手続を想定していることからして、形成権的法律構成にはなじみ難いものであり、請求権説を正当と考える。増担保の効力につき請求によって増担保が成立する（形成効）ことはありえない、という見方もある。⁽¹⁹⁾本件約定において、増担保の設定、連帯保証の追加等の文言があることからして、形成権の構成を否定した判旨は正当である。本件の事案においては、本件仮登記仮処分が先行していることが原判決の判断に影響を与えている可能性があることが指摘されていた。仮登記仮処分命令は、仮登記義務者の処分意思が明確に認められる文書等が存在するときに発令されるのが通例である。⁽²⁰⁾本件土地につきYの処分意思が明確といえる文書があるのか、本件の仮登記仮処分命令に疑問を呈することもできる。

以上、銀行取引約定書ひな型廃止前の増担保に関する議論ならびに増担保約

定に関する判例を概観した。次に、これを踏まえて銀行取引約定書の増担保条項に関する課題について検討をする。

三 銀行取引約定書の課題

(1) 行使要件明確化の課題

銀行借入れでは、当初から特定の不動産につき担保設定を行わず、その不動産を他に担保に差入れしないことを約し、銀行から請求があれば直ちに担保を設定する旨約束することがある。これはいわゆるネガティブ・クローズ (negative close) と呼ばれている。ネガティブ・クローズとは、具体的に担保を徴することはしないものの、債権の最終的な引き当てとなる債務者の財産の担保価値を保持するため、これを減少することを禁止する条項であって、その内容は包括的であるようであり、必ずしも明確ではない。²²⁾ ネガティブ・クローズは債権的効力をもつのみであり、目的物が特定していることからすると一種の担保権設定予約ととらえられる。しかし、予約とはいえ担保権設定合意が存在してこそその担保権予約であるから、その内容が担保権設定合意に値しないといえる場合には、担保権設定予約にもならないことになるであろう。たとえば、設備資金借入申込書の「担保」欄に債務者が本件建設予定物件とのみ記載して、銀行に提出した場合などはこれにあたろう。

増担保請求権は、銀行からみて、融資時点における担保権設定を請求する権利ではなく、その後生じた保全不足を補完するための請求権であり、物件の特定はない。このように担保権設定予約と事情変更により段階的手続を経て成立する増担保とは異なる点があろう。銀行取引約定書ひな型制定前の基本約定書の増担保条項について、ある学説は、これをもって担保権設定ないしは立保証の予約であるとみていた。²⁴⁾ このように解する立場では、借主が担保を提供しない場合には、銀行は訴えによって担保権設定を強制しうるとともに担保権設定請求権保全の仮登記仮処分もなしうるのであろうか。担保権設定予約といっても物件の特定はなく、立保証の予約といっても保証人の特定がないのであるから、増担保請求権についてこのような構成をとることには疑問を禁じえない。

別途、ネガティブ・クローズの契約を締結して物件を特定した抵当権設定予約をする必要がある⁽²⁵⁾。なお、増担保請求をしたことが客観的にみて不当と判断された場合には、増担保条項に基づく増担保請求の効力はないことになる⁽²⁶⁾。前掲東京高判平成19年1月30日の判決文も「…その請求が不当でない限り」という留保を付していた。この判例を踏まえて、金融機関の増担保請求が正当であれば、形成的に効力を発生させることも、あるいは債務者に応諾義務があるとして、担保権設定応諾の意思表示を請求することも法的に十分可能であるとし、増担保請求ができる条件や増担保の種類、対象物件、内容などをより具体的に決め、その権利性を明確にしておくべき旨の提言がなされている⁽²⁷⁾。右判決は「契約書のどこにも、具体的な増担保等の対象となる物件、設定すべき担保の種類、内容などの設定される増担保等を特定する事項については何ら定められていない」としていたからでもある。この点を肯定すると、上記のようにネガティブ・クローズを併用するのも一案であろう。しかし、そうすると、こんどは、権利内容を具体化するほど担保権設定予約に近接する。

消費者契約法10条は、規定の文言上なんらかの任意規定の存在を前提とする規定である。銀行の増担保請求権に関する条項については消費者契約法にこれを規制する規定は存在しない。しかし、本条を任意規定が存在しなくとも実質的には信義則を判断基準として消費者に不利な条項を無効とする一般条項である⁽²⁸⁾と考える立場では、民商法の一般原則に比し、消費者の義務を加重し、信義則に反して消費者の利益を一方的に害する条項である場合には、消費者契約法10条の適用によって、この条項は無効になると解されている。しかし、増担保請求権は事情変更による必要性がある場合に限り行使されると解するかぎりでは、それを無効視すべきものではない。

銀行実務は、すでに述べたとおり、増担保条項を、銀行と借主の債権的契約であり物権的な担保差入の予約ではなく、また、その行使は詐害行為取消権や否認権の対象となるとみている。ここで、①対象物件と担保種類を特定した増担保条項、②これらのいずれをも特定しない増担保条項に分けて考えると、①の増担保条項で特約所定の要件具備とともに担保差入請求権が成立するものは、

②の事情変更により担保差入請求権が成立するものとは異質といえる。増担保条項の効力論は、その射程と限界をさらに検討して詰める必要がある。本件約定の事案では、形成権と解したとしても、通常の場合は特段のメリットはないとされている⁽³⁰⁾。しかし、この点はなお今後の論点であろう。今後は、銀行に付与される権限を必要かつ合理的と考えられる範囲に止め、銀行による権限行使の要件および効果を信義則に照らして妥当と考えられるものとし、かつ、契約書・約款等においてできる限り明確にする必要がある⁽³¹⁾。換言すると前記の権利性を明確化することよりも行使要件の明確化が求められているといえる。

(2) 減担保請求権明記の課題

学説では、増担保請求権による銀行利益の確保との衡平上から、ないしは担保返還の実情からして減担保請求権もまた認められていると解すべきことが主張されている⁽³²⁾。一方、担保物権の不可分性（民法296条、305条、350条、372条）を厳格に解すると、減担保請求権を認めるべきではない。そうすると、後順位担保権を設定することが事実上不可能な担保類型について剰余価値が十分に利用されないことになる。顧客の減担保（担保解除）請求権は、特約がない限り存しないのであるが、銀行の増担保請求権によって、銀行の利益が守られていることとのバランスからいっても、顧客の減担保請求は認められるべきであり、条項上も明確にすべきであるとの主張である⁽³³⁾。ドイツではAGB-Banken 16条2項および3項に明文規定が設けられていることを、鳥谷部茂教授が指摘されていた⁽³⁴⁾。「銀行の担保解放義務は、担保が被担保限度を一時的でなく超えていて、かつ、顧客から請求があった場合に発生する。その際、銀行は自己の選択により、担保設定当事者の正当な利益を考慮して、被担保限度を超えている金額の担保を解放しなければならない。また、特定の担保に関して異なる評価基準または異なる被担保限度額が合意されているときは、その合意による」とされている⁽³⁵⁾。一方、担保物権の不可分性（民法296条、305条、350条、372条）を厳格に解して減担保請求権を認めるべきではないとする立場では、後順位担保権を設定することが事実上、不可能な担保類型について剰余価値が十分に利用さ

れないことになる。⁸⁷⁾改訂された銀行取引約定書では増担保請求権につきどのように規定しているのか、それに関連して減担保請求権を明記しているのであろうか。

そこで、大手銀行の銀行取引約定書の改訂動向、地方銀行の銀行取引約定書の改訂動向をみることにする。第二次試案は、個別の担保約定書に委ねることとして増担保を規定しない政策判断がありうるとしていたし、全銀協の留意事項は、増担保請求の条項を置く場合にはできるだけ要件を明確にすることが望ましい、としていた（全銀協平12・4・18全業会第18号）。

四 銀行取引約定書の改訂動向

(1) 大手銀行の改訂動向

最近の銀行取引約定書は、増担保条項につきどのように規定しているのだろうか。まず、大手銀行における改訂動向からみる。住友銀行、みずほ銀行、東京三菱銀行の三行につき、この順で新銀行取引約定書における増担保条項をとりあげる。

住友銀行の新銀行取引約定書（1999年4月改訂）における増担保条項。⁸⁸⁾

第3条（担保の提供）

①次の各場合において、乙が請求したときは、甲は直ちに乙が適当と認める担保もしくは増担保を提供し、または保証人をたてもしくはこれを追加するものとします。

1. 乙に提供されている担保について乙の責めに帰すことのできない事由により毀損、滅失または価値の客観的な減少が生じたとき。

2. 甲の保証人について第5条第1項または第2項の各号の事由が一つでも生じたとき。

②乙の債権保全を必要とする相当の事由が生じたと客観的に認められる場合において、乙が書面によりその事由を明示し、相当の期間を定めて請求したときは、前項と同様とします。

みずほ銀行の新銀行取引約定書（2001年1月改訂）における増担保条項⁽³⁹⁾。

第4条（担保）

①次の各号において乙が請求した場合には、甲は乙が適当と認める担保もしくは増担保を提供し、または保証人をたてもしくはこれを追加するものとします。

1. 乙に提供されている担保について乙の責めに帰すことのできない事由により毀損、滅失または価値の客観的な減少が生じたとき。
2. 甲または甲の保証人について乙の債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき。ただし、乙はその事由を明示するものとします。

東京三菱銀行の新銀行取引約定書（2000年4月改訂）における増担保条項⁽⁴⁰⁾。

第4条（担保）

①担保価値の減少、甲またはその保証人の信用不安など乙の甲に対する債権保全を必要とする相当の事由が生じ、乙が相当期間を定めて請求した場合には、乙の承認する担保もしくは増担保を差し入れ、または保証人をたてもしくはこれを追加します。

このように大手三行における改訂後の銀行取引約定書の増担保条項は、担保についての毀損、滅失、価値の客観的な減少、保証人の信用不安等を行使要件に例示している。一方、顧客側の担保解放請求権については、なんら規定されていない。⁽⁴¹⁾これら大手三行の規定内容は、物的担保と保証の両方を増担保条項にとりいれしているため、また、債務者の信用不安を含めて行使要件が定められているため、単純・明快な規定にはなっていない。このことは、地方銀行の改定動向に対する次の調査においてもみられる。

（2）地方銀行の改訂動向—村山教授による調査

村山洋介教授の「銀行取引約定書ひな型廃止後の銀行取引約定書改訂動向（1）（2・完）—地方銀行および第二地方銀行の動向を中心に—」調査のなかか

ら、銀行取引約定書ひな型4条1項関係の改訂動向をみる。多数の地方銀行を対象として実施された同調査によると、ひな型4条1項に関しては次のような調査結果であった⁶²（以下はその全文である）。

ひな型4条1項関係

第二次試案解説では、担保条項について、「個別の担保約定書に委ねることとして、銀行取引約定書上では規定しないという政策判断もあり得る」との指摘がなされていたが、本調査では、44行の全てが、担保に関する条項を設けていた。また、留意事項では、「増担保請求の条項を置く場合には、できるだけ要件を明確にすることが望ましい」としていたが、本調査でも、44行の全てが、本条項の文言に変更を加え、増担保等の提供要件の明確化を図っていた。本条項の規定方式には、増担保等の提供要件を、乙の「債権保全の必要性」としたうえで、「債権保全の必要性」に該当する具体的事由を例示する第一の形式（31行）、第1項で、増担保の提供要件を示し、第2項で、別に「債権保全の必要性」が生じた場合を要件とする第二の形式（11行）、「債権保全の必要性」との文言を削除し、増担保等の提供要件を限定する第三の形式（2行）がみられた。

第一の形式における「債権保全の必要性」に該当する具体的事由および第二の形式における増担保等の提供要件としては、「乙の責めに帰すことのできない事由による担保の毀損、滅失または価値の客観的減少」とするものが14行、「乙の責めに帰すことのできない事由による担保の毀損、滅失または価値の減少」とするものが14行、「価値の減少」とするものが9行、「乙の責めに帰すことのできない事由による担保価値の減少」、「担保の滅失、担保価格の下落」、「担保の毀損、滅失、地価の下落などによる担保価値の減少」とするものが各1行、「甲またはその保証人の信用不安」とするものが27行、「甲の保証人に期限の利益喪失事由または請求喪失事由の一つが生じたとき」とするものが10行、「甲または甲の保証人に、乙の債権保全を必要とする相当の事由が生じたとき」とするものが4行、「保証人の信用不安」とするものが1行みられた。こ

れに対し、「債権保全の必要性」との文言を削除し、増担保等の提供要件を限定する第三の形式を採用する2行は、増担保等の提供要件を、「乙に提供されている担保について乙の責めに帰すことのできない事由による毀損、滅失または価値の客観的減少」と「甲または甲の保証人について期限の利益当然喪失事由または請求喪失事由の一つが生じたとき」としていた。

提供されるべき増担保等の適否については、「乙が適当と認める担保もしくは増担保、保証人の追加」とするものが33行、「乙の承認する担保もしくは増担保、保証人の追加」とするものが11行みられ、増担保等の追加限度に関して特別の規定を設けるものはみられなかった。増担保等の請求については、「相当の期間を定めた請求」とするものが24行、「請求により直ちに」とするものが11行、単に「請求により」とするものが8行、「請求により遅滞なく」とするものが1行みられた。なお、このうち、「請求により直ちに」とする11行は、増担保等の規定方法について、第二の形式を採る11行と対応しており、これらの銀行は、全て、第1項で規定する増担保等の提供事由が生じた場合には、「請求により直ちに」とし、第2項で、その他債権保全の必要性が生じた場合には、「相当の期間を定めた請求」としており、増担保等の提供原因により、その提供時期を区別していた。なお、第一次、第二次試案ともに、いわゆる減担保（担保解放）請求権を規定していたが、本調査において右請求権を規定するものは見られなかった。

村山教授の上記調査（原文を引用した）をみる。地方銀行においては、①銀行取引約定書につき文言の客観化に努めていること（ひな型4条2～4項関係の調査結果は省略）、②減担保請求権を規定する銀行は見られないものの、ある銀行は顧客との対等性からこれを規定すべきであるとの議論もしていたこと、私見として、③提供されるべき増担保として、担保のほか「保証人の追加」とある記載については、既存の保証人がいない場合もあり、保証人をたてもしくは追加、と定めるべきものであろうこと、がわかる。④大手銀行と地方銀行は、ともに、権利行使要件の明確化に努めている。しかし、客観的にみて、債権の保

全の確実性の減少を補うに足りる担保が差し入れられたときには、それによって顧客の義務は果され、銀行はこの担保を拒否して他の担保の差入を求めることはできない旨の記載はない。⁽⁴⁴⁾⑤増担保そのものは、「銀行が適当と認める」もの（33行）、「銀行の承認する」もの（11行）と地方銀行44行間でも表現が分かれている。大手銀行においても、前者が2行（住友、みずほ）、後者が1行（東京三菱）となっている。銀行が承認するものと定められていても、銀行が一般的・客観的な標準で承認すると認められるようなものという意義に解されている。⁽⁴⁵⁾客観的評価額や換価の容易性から、または信用確実な保証人であることから、債権保全の必要性が満たされるものであれば、銀行はこれを承認しなければならぬ。⁽⁴⁶⁾

私見は、むしろ、債務者が期限の利益を喪失する前に、誠実に相当の増担保を提供した場合には、これにより銀行の保全不足はなお存続するものの大幅に減縮させた時には、銀行の増担保請求権の行使は自制するべきものとする。

なお、期限の利益を喪失した債務者が自発的に十分な増担保を相当の期限内に提供すれば、特段の事情のない限り、期限の利益喪失の効果は消滅すると解すべきであろう。⁽⁴⁷⁾

次項では、銀行取引における減担保請求権につき、以下検討を試みることにする。

五 減担保請求権の検討

（1）商業手形担保付手形貸付

銀行取引の一例として、商業手形担保付手形貸付について減担保請求権を検討する必要がある。商業手形担保付手形貸付における担保商業手形については、担保手形の決済見通しと合意した掛け目等を考慮して、減担保請求権の行使を受けた場合には、返還する余剰担保手形を銀行において選別して、残存担保手形により担保が確保されていることを確認したうえで、これを返還することになろう。銀行側に返還手形を選別する権利を与える必然性はないものの、債権保全のための担保であるから、あえて銀行側の選別権を否定する積極的事

由はないといえる。ドイツの銀行取引約款においても銀行に選別権を認めている⁽⁴⁸⁾。銀行が相当期間内に選択権を行使しないときは、選択権は顧客に移転する⁽⁴⁹⁾と考えるべきものであろうか。具体的にどの担保を返還するか⁽⁵⁰⁾の選択権は銀行が有するものとして扱い貸付先には移転しないとする構成も考えられる⁽⁵¹⁾。しかし、取引の対等性からして前者を支持したい。いずれにせよ明文化しておくことが望まれる。

(2) 保証の解除

銀行取引において、保証の解除申し出を受ける場合があろう。銀行側では債権保全の必要性を検討し、過剰担保に該当する場合には、第三者保証を解除することになる。過剰担保に該当しない場合にも、できるかぎり保証を解除することとし、代りの増担保を要求する、といった対応が考えられる。この場合、保証を解除するために増担保請求するものであり、その行使は顧客の利益に適合するであろう。それができないときにも、約定弁済額を増加させる、保証解除のリスクを金利に反映させる、といった対応も考えられる⁽⁵¹⁾。

(3) 過剰担保の判断基準について提言

① 融資極度額（被担保債権の上限額）の合意

原則的には上記のように考えるとしても、具体的事例において、持続的に不当な過剰担保であることをいかなる基準により判断すべきか、これは困難な問題である。持続的にとは、継続的にと同義に解してよいであろう。一時的、スポット的な過剰担保ではない。

商業手形を担保とし債権回収の引き当てとする融資額については、担保手形が変動するのであるから、融資極度額を設定する必要がある。これにより被担保債権の上限額を画することができる。

② 担保掛け目の合意

商業手形担保の場合には、優良手形につき掛目100%、一般手形につき掛目60%とするなどがその例である。

③ 担保評価方法と評価基準時点の合意

融資極度額、担保掛け目を定めて合意したことにより、過剰担保を持続的に明確化することはできるであろうか、商業手形担保評価については月央と月末を基準時点とするのもその例であろう。

④ 持続的な過剰担保の合意

すこしの程度の融資極度額超過ではなく、たとえば超過額が極度額の10%未満の超過程度では持続的な過剰担保とはみなさないなどなんらかのルール作りが必要になるのではないか。また、手形支払人毎に上限を設けるべきか否かなどさらに解決すべき課題もあろう。

このように、上記の①～④のような点、すなわち、融資極度額、担保掛け目、担保評価方法と評価基準時点、持続的な過剰担保について、担保種類ごとにルール化をするにつきさらなる議論を要する。前掲東京高判平成19年1月30日は、これまでに各論的議論が十分になされていない減担保請求権の問題についても議論の場を提供している⁵³⁾のである。

銀行取引において担保価値が減少した場合には、双方が事業継続を望む限り、期限の利益を喪失させるよりも増担保を確保して資金調達を図り銀行取引を継続することが顧客にとっては有利なケースが多いであろう⁵³⁾。しかし、銀行融資が銀行優位の有担保主義から収益力やキャッシュフロー担保、格付重視へと移行するとともに、この有担保主義の投影された増担保条項の位置付けも今後変わる⁵⁴⁾ことであろう。

六 法定の増担保請求権

担保権たとえば抵当権の目的物が毀損・滅失した場合に、抵当権者は増担保（追加担保・代担保）を請求できるかどうかについては、民法には明文規定はない。債務者に帰すべき滅失毀損があるときは増担保を請求し、債務者がこれに応じないときは即座に弁済を請求しうるものと定められていた旧民法の規定に対して、これではまず増担保を請求しないと即時弁済を請求しえないこととなり増担保請求の当否に関する争いを生じ、抵当権者にとって不利であるからと

してこれを改めた。⁶⁵⁾このような立法趣旨からすると、意思解釈により特段の事情がないかぎり増担保請求を認めるべきものと考えることができる。また、⁶⁶⁾抵当目的物件の毀損・滅失が何人の責にも帰しえないときには、⁶⁷⁾抵当権設定契約の解釈として、つねに十分な担保を供与しておくべき約定が成立しそのために当該抵当権の設定がなされたと認められる場合にのみ、増担保請求をなし得るものと解することもできる。⁶⁸⁾少なくとも、それ以外の場合は、債務者は増担保の義務を負わないことになる。⁶⁹⁾特約がなく黙示の特約も認められない場合には、増担保請求権はないものと一般に解されている。⁷⁰⁾しかし、最近の判例法理における担保価値維持請求権、担保価値維持義務を拡張して増担保請求権の根拠にすることもできるであろう⁷¹⁾（前掲(4)最大判平成11・11・24、⁷²⁾最判平成18・12・21民集60巻10号3964頁）。この問題については、期限の利益喪失との関連を含めて、今後も検討すべき課題と考えている。抵当権設定契約書の関連条項は次のとおりである。

金銭消費貸借および抵当権設定契約証書

第5条（抵当物件）

1（略）

2 抵当物件が原因のいかんを問わず滅失・毀損もしくはその価格が低落したとき、またはそのおそれがあるときは、債務者または抵当権設定者（物上保証人）は直ちにその旨を貴行に通知します。

3（略）

上記第2項は債務者または抵当権設定者に通知義務を課している。根抵当権設定契約証書第4条2項にもこれと同様の規定がある。いずれも、通知義務違反の効果については触れていない。価格が低落したとき、またはそのおそれがあるときは、限定的に解すべきであろう。

増担保条項は、抵当権設定契約証書、根抵当権設定契約証書においてこそ規定すべきものとする。最後に、増担保請求権の法的効果などこれまでの検討内容を要約して置きたい。

結 語

(1) 銀行取引約定書における増担保請求権の法的効果については、形成権構成、請求権構成、協議応諾義務構成の三つが考えられる。私見は、請求権構成を正当と考える。また、増担保約定は事情変更によるものであるから目的物の特定がなく、担保目的物を特定した担保権設定予約とは異なるものである。

(2) 今後、増担保請求権の行使要件をより明確化し客観的な規定にすることを望むものである。増担保条項の見出しを「担保」としている銀行が多いものの、増担保に立保証を含むことからして、明確化の見地からこれを「担保および保証」とすることも一案であろう。

(3) 抵当権設定契約書、根抵当権設定契約書等の個別担保契約書において増担保約定につき規定して置くことが望まれる。銀行取引では物権的請求権としての増担保の規定を欠いている。これは銀行取引約定書における増担保約定よりも具体的な権利として、担保価値維持請求権に根拠づけられた物権的請求権であるといえる。

(4) 銀行取引の対等性を確保する立場から、銀行取引約定書において減担保請求権を規定することを望むものである。減担保請求権の性質は、設定済担保権の解除ないし価値の減価を求めるものであり、銀行が選択権を有しており、債権的な権利である増担保請求権とは異質な点があろう。

注

- (1) 近江幸治・担保物権法（新版補正版）164頁（弘文堂，1998年）は、民法137条2号につき、債務者の義務違反の場合、期限の利益を失わせないで、抵当権者は特約がなくても当然に増担保の請求ができると主張し、また、増担保請求は当事者の担保関係（担保法理）から当然に引き出すことができるといわれる。
- (2) 川井健・担保物権法124頁（青林書院新社，1975年）。
- (3) 遠藤浩ほか監修・民法注解財産法第1巻民法総則〔牧野利秋〕655頁（青林書院，1989年）。
- (4) 最大判平成11・11・24民集53巻8号1899頁。
- (5) 鈴木祿弥ほか・注釈銀行取引約定書・当座勘定規定21頁〔鈴木祿弥〕（有斐閣，

- 1979年), 椿寿夫「銀行貸付における債権保全方法の特殊性」鈴木禄弥=竹内昭夫編・金融取引法大系第5巻担保・保証15頁(有斐閣, 1984年)。
- (6) 金融法学会中国地区部会・シンポジウム・銀行取引約定書とドイツ銀行普通取引約款〈報告〉, 124頁[松本貞夫](金融法研究第17号, 2001年)。
- (7) 加藤一郎=鈴木禄弥編・注釈民法17232頁[鈴木禄弥](有斐閣, 1969年)。
- (8) 水田耕一・新基本金融法務講座3貸付取引〈上〉175頁(金融財政事情研究会, 1971年)は, 当初, 銀行が貸付先の信用に対する判断を誤り無担保で貸付をしたような場合にも, その後事情の変更がない限り, 銀行は担保の提供を請求できないことになるのは不当であるとする。
- (9) 後藤紀一「ドイツ銀行普通取引約款とわが国『銀行取引約定書』(下)」金融法務事情1515号24頁(1998年)。
- (10) 西尾信一「担保提供義務と共通担保条項[4条1項2項関係]」堀内仁先生傘寿記念・銀行取引約定書—その理論と実際90頁(経済法令研究会, 1985年)。堀内仁・銀行取引約定書雛型の解説—金融法務事情特集号50頁(金融財政事情研究会, 1962年)。
- (11) 加藤一郎監修・吉原省三編・現代銀行取引法269頁[峯崎二郎](有斐閣, 1987年)。
- (12) 全国銀行協会連合会法規小委員会編・新銀行取引約定書ひな型の解説(金融財政事情研究会, 1977年)。
- (13) 西尾信一・銀行取引の法理と実際258頁(日本評論社, 1998年)。
- (14) 経済法令研究会[銀行取引約定書第二次試案]銀行法務21, 613号33頁, 34頁(2003年)。同解説として, 秦光昭「銀行取引約定書の第二次試案について」銀行法務21, 613号38~56頁(2003年)参照。
- (15) 金融法学会シンポジウム・前掲注(6)〈報告〉, 127頁[鳥谷部茂]。
- (16) 東京地判平成5・8・26金融・商事判例952号28頁。
- (17) 亀井洋一「判批」リージョナルバンキング2007年4月号73頁(2007年)は, 事実上選択肢が限られているとしても合意がなかった以上, 特定されているとはいえないという。
- (18) 鈴木・前掲注(7)234頁。
- (19) 林良平・金融法論集—金融取引と担保23, 24頁(有信堂, 1989年)[初出金融法務事情1176号(1988年)]。
- (20) 阿保賢祐「判批」金融・商事判例1268号21頁(2007年)。
- (21) 長谷部由起子「判批」倒産判例百選[第四版]75頁(2006年)。
- (22) 水沼宏「仮登記抵当権, 登記留保, ネガティブ・クローズ」藤林益三=石井真司編・判例・先例金融取引法〈新訂版〉248頁(金融財政事情研究会, 1988年)。

- ②3 賀集唱「担保留保条項」金融法務事情611号17頁（1971年）は、「弱い予約」は、相手方の承諾を訴求できる効力すらなく、したがって、厳格な意味での「予約」の觀念にはあてはまらないとする。
- ②4 大西武士「基本約定書についての一考察（一）」手形研究10号13頁（1959年）。
- ②5 石井真司「銀行取引約定書と貸付実務上の注意点④—新与信関係約定書の運用をめぐって」手形研究110号17頁（1966年）。
- ②6 並木俊守「銀行取引と取引約定書(3)」手形研究67号45頁（1963年）。
- ②7 中務嗣治郎「融資取引のよりきめ細かい約定の改定に向けて」金融法務事情1808号1頁（2007年）。
- ②8 後藤卷則・消費者契約の法理論213頁，214頁（弘文堂，2002年）。
- ②9 林良平ほか編・金融取引実務ハンドブック〈下〉89頁〔無署名〕（金融財政事情研究会，1991年）。
- ③0 阿保・前掲注②020，21頁。
- ③1 全国銀行協会『「消費者との契約のあり方に関する留意事項」の改定』（平成19年3月）金融721号34頁（2007年）。
- ③2 鈴木祿彌編・新版注釈民法(17)315頁〔鈴木祿彌＝山本豊〕（有斐閣，1993年）。
- ③3 本文で掲げた日本弁護士連合会「銀行取引約定書及び消費者ローン契約書に対する改善提案について」（1998年10月6日日弁連総第41号）10頁。
- ③4 鳥谷部茂「ドイツ銀行普通取引約款と銀行取引約定書の比較—担保法を中心に」金融法務事情1576号39頁（2000年）。
- ③5 鳥谷部茂「担保」銀行法務21．583号23頁（2000年）。
- ③6 鳥谷部・前掲注③523頁。
- ③7 野田和裕「過剰担保の規制と担保解放請求権（1）（2・完）—ドイツ法の分析を中心に」民商法雑誌114巻2号26頁，3号43頁（1996年）。
- ③8 三上徹「住友銀行における銀行取引約定書の改訂」金融法務事情1544号16頁（1999年），同「住友銀行における新銀行取引約定書の提案」銀行法務21．562号12頁（1999年）。
- ③9 資料・みずほフィナンシャルグループ「銀行取引約定書」金融法務事情1603号34～44頁（2001年）
- ④0 資料・東京三菱銀行「銀行取引約定書」金融法務事情1590号34～44頁（2000年）。
- ④1 鳥谷部・前掲注③520頁。
- ④2 村山洋介「銀行取引約定書ひな型廃止後の銀行取引約定書改訂動向（1）（2・完）—地方銀行および第二地方銀行の動向を中心に」鹿児島大学法学論集第41巻第1号107頁～128頁（ひな型4条1項関係の改訂動向は，113頁～114頁参照）（2006年），第41巻第2号87～108頁（2007年）。

同調査は、平成18年3月～4月にかけて実施され、64行より回答があり（改訂あり62行、改訂なし2行）、内44行から新銀行取引約定書の現物の郵送を受けられたものである。

- ④3 村山・前掲注④241巻1号126頁の注24参照。広島銀行が約定書改訂作業において顧客側との対等性を考えて減担保請求権に類似する条項の採否を議論したうえ減担保請求権の採用を見合わせた経過ないし事情につき触れている。
- ④4 日本弁護士連合会・前掲注③310頁。
- ④5 田中誠二・新版銀行取引法（四全訂版）356頁（経済法令研究会、1990年）。
- ④6 前田庸・銀行取引164頁、165頁（弘文堂、1979年）。
- ④7 高木多喜男・担保物権法（第4版）167頁（有斐閣、2005年）、抵当権の場合についての説明である。
- ④8 鳥谷部・前掲注③439頁。
- ④9 水田・前掲注⑧181頁は、銀行が相当期間内に選択権を行使しない場合には貸付先が選択権を行使しようとしている。
- ⑤0 鈴木・前掲注⑦236頁は、銀行が選択権を常有するものとし、選択権の移転構成を採らない主張のように考えられる。
- ⑤1 銀行実務における保証の解除について、西御門亮太「第三者保証の解除の申出と増担保請求の是非」銀行実務2004年10月号24頁（2004年）。
- ⑤2 片山直也「判批」金融法務事情1844号32頁（2008年）は、民法上の増担保請求権を担保価値維持義務との関係において位置づけをする必要性につき説示している。
- ⑤3 増担保条項の事案ではないが、最判昭和44・12・19民集23巻12号2518頁は、取引継続のための譲渡担保の設定につき、当時の諸般の事情に照らし、担保提供行為として合理的な限度をこえず取引の打ち切りを避け営業の継続をはかること以外には、更生策として適切な方策は存しなかった、として詐害行為を否定した（横山長「判解」最高裁判例解説民事篇（昭和44年度）1094頁（法曹会、1970年））。
- ⑤4 片岡宏一郎「銀行取引約定書の今日的課題（上）」金融法務事情1845号44頁（2008年）は、銀行取引約定書の増担保条項において権利性を明確にした場合、独占禁止法上の問題とされる懸念につき述べている。
- ⑤5 我妻栄・新訂担保物権法387頁（岩波書店、1968年）。
- ⑤6 川井・前掲注②124頁。
- ⑤7 香川保一・新版担保267頁（金融財政事情研究会、1961年）。
- ⑤8 鈴木・前掲注⑦232頁。
- ⑤9 高木・前掲注④7167頁。
- ⑥0 片山・前掲注⑤232頁は、過剰担保論（減担保請求権）と担保価値維持義務論とを対比しつつ議論を深化させる必要性を説示している。

- (61) 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求—最大判平11・11・24の検討（下）」NBL683号38頁（2000年）は、法廷意見の請求権を侵害是正請求権とよび、奥田補足意見の担保価値維持請求権とを区別する。同旨、道垣内弘人「『侵害是正請求権』・『担保価値維持請求権』をめぐって—最大判平11・11・24の理論的検討」ジュリスト1174号29頁（2000年）。

